CANADIAN BAR ASSOCIATION

COMPETITION LAW SECTION

ANNUAL CONFERENCE

SEPTEMBER 20-21, 2001

The Use of Section 11 Orders Under the *Competition Act*

Peter Humber

Senior Competition Law Officer

Compliance & Operations Branch

Competition Bureau

INTRODUCTION

Recently, there has been considerable discussion, primarily between the legal community and the Competition Bureau, about the manner in which the Commissioner of Competition, appointed under the *Competition Act*, has made use of the investigative power provided under section 11 of the *Act*, which allows for the compulsory attendance and examination of witnesses, the production of records, and the making of written returns of information in an inquiry being conducted by the Commissioner pursuant to section 10 of the *Act*.

The *Competition Act* provides for a general regulatory scheme designed to protect competition in the marketplace. It is commonly referred to as a general law of general application, with limited exceptions, to all businesses in Canada. The *Act* contains provisions dealing with offences enforced through criminal sanctions and civil reviewable matters. When warranted, the former are subject to prosecution through the criminal courts while the latter may be subject to application by the Commissioner of Competition to the Competition Tribunal for remedial orders.

To ensure the effective enforcement and administration of the law, the *Act* creates the aforesaid position of Commissioner of Competition, provides three specific scenarios in which the Commissioner shall commence an inquiry and makes available to the Commissioner specific formal information gathering powers that can only be used with the authorization of a judge of a superior or county court or of the Federal Court of Canada.

This paper concerns itself with the use by the Commissioner of the investigative power created by section 11 of the *Act* and concentrates principally on the use of the power to obtain records and written returns in the context of civil reviewable matters, including mergers. The interaction between the merger notification regime of Part IX of the *Act* and section 11 is also discussed. While the powers are used in criminal investigation, oral testimony, records or written returns are sought using section 11 most often as follow up to the initial information gathering utilizing the search powers under section 15. As a result, in these circumstances the orders are

normally directed towards obtaining very specific additional information.

LEGISLATIVE SCHEME

For ease of reference subsection 10(1) and section 11 of the *Act* are as follows:

> **10.** (1) The Commissioner shall
>
> (a) on application made under section 9,
> (b) whenever the Commissioner has reason to believe that
> (i) a person has contravened an order made pursuant to section 32, 33 or 34, or Part VII.1 or Part VIII,
> (ii) grounds exist for the making of an order under Part VI.1 or Part VIII, or
> (iii) an offence under Part VI or VII has been or is about to be committed, or
> (c) whenever directed by the Minister to inquire whether any of the circumstances described in subparagraphs (b)(i) to (iii) exists,
>
> cause an inquiry to be made into all such matters as the Commissioner considers necessary to inquire with the view of determining the facts.
> . . .
>
> **11.** (1) Where, on the *ex parte* application of the Commissioner, or the authorized representative of the Commissioner, a judge of a superior or county court or of the Federal Court is satisfied by information on oath or solemn affirmation that an inquiry is being made under section 10 and that any person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry, the judge may order that person to
>
> (a) attend as specified in the order and be examined on oath or solemn affirmation by the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner on any matter that is relevant to the inquiry before a person, in this section and sections 12 to 14 referred to as a "presiding officer", designated in the order;
> (b) produce a record, or any other thing, specified in the order to the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner within a time and at a place specified in the order; or
> (c) make and deliver to the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner, with a time specified in the order, a written return under oath or solemn affirmation showing in detail such information as is required.
>
> (2) Where the person against whom an order is sought under paragraph (1)(b) in relation to an inquiry is a corporation and the judge to whom the application is made under subsection (1) is satisfied by information on oath or solemn affirmation that an affiliate of the corporation, whether the affiliate is located in Canada or outside Canada, has records that are relevant to the inquiry, the judge may order the corporation to produce the records.

(3) No person shall be excused from complying with an order under subsection (1) or (2) on the ground that the testimony, record or other thing or return required of the person may tend to criminate the person or subject him to any proceeding or penalty, but no testimony given by an individual pursuant to an order made under paragraph (1)(a), or return made by an individual pursuant to an order made under paragraph (1)(c), shall be used or received against that individual in any criminal proceeding thereafter instituted against him, other than a prosecution under section 132 or 136 of the *Criminal Code*.

(4) An order made under this section has effect anywhere in Canada.

Subsection 10(1) defines three circumstances in which the Commissioner shall commence an inquiry, i.e. application by six Canadian residents, when the Commissioner has reason to believe that a person has contravened an order made under specified sections of the *Act*, that grounds exist for the making of an order by the Tribunal under Part VII.1 or VIII, or an offence under Part VI or VII has been or is about to be committed, and on Ministerial direction. Commencement of an inquiry places the Commissioner in a position to use, in appropriate circumstances, the formal information gathering powers provided for in section 11 and section 15 of the *Act*.

Essentially, section 11 provides that a judge may, on *ex parte* application of the Commissioner or an authorized representative of the Commissioner, order a person to attend before a presiding officer and be examined under oath, to produce records specified in the order, or to make and deliver a written return of information. Before granting an order, the issuing judge must be satisfied by information on oath or solemn affirmation that an inquiry is being made by the Commissioner and that the person subject to the order has or is likely to have information that is relevant to the inquiry.

It is worthwhile to note that the standard established for a court to issue an order under section 11 is significantly different from the test for such authorization for the use of the search power of section 15. Under section 11 there is no statutory requirement for the court to review the Commissioner's decision to commence an inquiry. It must be satisfied that an inquiry is being conducted and that the person against whom the order is sought is likely to have information relevant to the inquiry. Section 15, on the other hand, requires that the issuing judge be satisfied that there are reasonable grounds to believe that a person has contravened an order,

an offence has been or is about to be committed, or grounds exist for the making of an order by the Competition Tribunal and that there are reasonable grounds to believe that there is, on the premises to be searched, evidence relating to one of the three specified situations. In addition, section 15 sets requirements for who can conduct a search, the contents of the warrant, and the manner in which a warrant can be executed. The statutory regime for search powers of the Commissioner essentially mimics the search warrant provisions of the *Criminal Code*. Parliament clearly viewed the power created by section 11 as being an equally necessary but less intrusive investigative tool than the search power created in section 15.

Section 11 further provides that where an order for the production of records is made against a corporation and the issuing judge is satisfied by information on oath or solemn affirmation that an affiliate of the corporation has relevant records, the corporation may be required to produce the affiliate's records. This provision extends to records in the possession of an affiliate outside of Canada. In addition, persons subject to orders under subsection 11 shall not be excused from complying with such an order on the ground that such testimony, records or written returns may tend to criminate the person. There is protection against the use of testimony provided by an individual under paragraph 11(1)(a) or returns made by an individual under paragraph 11(1)(c) in any criminal proceeding against that individual except for proceedings under section 132 or 136 of the Criminal Code.

The *Act* also contains a number of procedural provisions that relate to section 11. The term "record" is defined in subsection 2(1); section 18 provides for the reasonable care, access to, copying, detention and return of records produced pursuant to section 11; section 19 provides a scheme for dealing with claims of solicitor-client privilege; section 29 provides confidentiality protection to information obtained pursuant to section 11; and section 65 creates an offence for failure to comply with an order under section 11 or for the destruction or alteration of any record that is required to be produced under section 11.

The statutory process created by section 11 is designed to give the Commissioner the power to obtain, subject to court authorization, relevant records and information during the inquiry process. There is a critical need for the Commissioner to be able to assemble as complete an information set as possible on which to base the decision of whether to make an application to the Tribunal, refer a criminal matter to the Attorney General of Canada, or discontinue the inquiry. The provisions of section 11 are flexible enough to deal with both criminal and civil matters that may be the subject of section 10 inquiries. The investigative powers of sections 11 and 15 are key to the Commissioner being able to fulfill the obligation under section 10 to "cause an inquiry to be made into all such matters as he considers necessary with the view to determining the facts."

The investigative powers available to the Commissioner are significantly different from those available to the two federal United States antitrust bodies, the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the Department of Justice. For example, in respect of merger both countries have pre-merger notification regimes but they differ significantly. In the U.S, the provisions of the section 7A of the *Clayton Act*, more commonly known as Hart-Scott-Rodino govern pre-merger notification. Under these provisions parties to prescribed merger transactions must file notice and information (determined by regulation). The law specifies a 30 day waiting period (20 days in the case of stock exchange transactions) during which the transaction cannot be completed. In addition, the law provides that the investigating agency charged with assessing the substantive competitive impact of the transaction may before the expiry of the waiting period issue, on its own authority, a request for information (both records and written returns) needed to complete its assessment. When such a second request is issued by the investigating agency, the law prevents the parties from completing the transaction until such time as the request has been complied with (as determined by the investigating agency, but subject to challenge by the parties both within the agency and through the courts) and a further waiting period of 20 days (10 days for stock exchange takeovers) after such compliance with the second request has expired.

This notification regime differs significantly from that established in Part IX of the *Competition Act*. The Canadian regime provides for, at the option of the filing parties, both short

form and long form notification filings. These differ in the extent of information required and applicable waiting period (14 days for short form and 42 days for long form). While the law does provide that the Commissioner can require parties that choose to file a short form to subsequently provide a long form notification and wait the applicable 42 days after that filing, there is no mechanism comparable to the second request under section 7A of the *Clayton Act*. To obtain information additional to that required under a long form filing, the Commissioner must either rely on voluntary production or seek information through the use of formal powers.

In addition to the prenotification regime described above, both US agencies have the authority, under the *Antitrust Civil Process Act*, to issue a civil investigative demand for records or written returns, to persons they have reason to believe may have any information relevant to a civil antitrust investigation.

In summary, the Canadian law prescribes a system where the compelled examination of a witness, production of records, or preparation of a written return is subject to prior authorization by the courts on an *ex parte* basis. The US system, in the civil law context, provides for the compelled production of records or written returns on the issuance of a second request or civil investigative demand by the investigating agency, such issuance being subject to review by the courts by the parties against whom such requests or demands are made. In respect of merger matters, both have pre-merger notification regimes in place that require the provision of basic information to the investigating agency that allows a preliminary assessment of whether the proposed transaction may raise issues under the substantive merger law and powers to require production of additional information but, as noted above, with different procedures.

COMPETITION BUREAU APPROACH TO THE USE OF SECTION 11 ORDERS

The Competition Bureau views section 11 as an essential evidence gathering mechanism in the conduct of formal inquiries by the Commissioner. It affords the opportunity to obtain unbiased, factual information on relevant issues so that decisions with respect to the ultimate

disposition of an inquiry are made on the basis of as complete information as possible.

Briefly, the Bureau will seek section 11 orders in all appropriate cases when there is an ongoing section 10 inquiry. The requirement that the Commissioner may only commence an inquiry when reason to believe exists that one of the *Act's* criminal or civil provisions has been, or is about to be violated (leaving aside the issue of an inquiries commenced by Ministerial direction or as a result of section 9 applications, both rare circumstances) means that orders will only be sought in matters that raise serious competition issues in an economically significant market. Such matters must be fully and appropriately analysed in as timely a manner as possible to determine the competitive impact of the practice with respect to any of the *Act's* criminal or civil provisions. There is a need for the Bureau to have in hand necessary factual information and evidence of industry participants. In deciding whether to seek section 11 orders, and on the extent of the information sought, the Bureau seeks to balance its role of safe-guarding the public interest in restoring and maintaining competitive markets against the burden that the inquiry process places on targets and industry participants. We take into account factors such as the likelihood that the inquiry will lead to some form of remedial action on either a consent or contested basis and the completeness of available information obtained through other means, including voluntary production. However, this does not mean that the Bureau will seek information and records through the section 11 process only when voluntary methods have been tried and proven to be unsuccessful.

In recent months there has been considerable discussion in the Canadian competition law community regarding what is perceived to be a more frequent use of section 11 orders, especially orders under paragraphs 11(b) and 11(c). Concerns have been expressed which can be summarized as follows:

- Section 11 orders are being obtained more frequently than in the past and the Bureau now uses them in cases where previously the requests would have been made voluntarily.

- The requests are overly broad and, in some cases, the requests for documents and written returns unclear.

- Section 11 requests are overly burdensome on parties and protract the review process, especially in the case of time-sensitive mergers.

- Orders are obtained in an overly rigid and formalized manner. Parties are not consulted prior to application on the nature and breadth of requests. The *ex parte* nature of the process prevents respondents from addressing these issues before the issuing judge. Applications for changes to the orders are time consuming and costly and, in most instances, must be made by the respondents.

- More frequent use of section 11 orders may undermine the voluntary process that has been commonly followed in the past, especially in merger matters.

Some comment on these points follows.

While it may be the case that section 11 orders are obtained more frequently now than in the past, the power is still, like the search power of section 15, used infrequently in relation to the total number of matters investigated by the Bureau. For example, during fiscal year 2000-2001, section 11 orders were obtained in only six merger inquiries, less than half of those which were classified as very complex and representing approximately 2% of the filings received in that period. To date this year, section 11 orders have been sought in only four or five merger inquiries. By way of comparison, approximately 3% of merger transactions notified under Hart-Scott-Rodino are subject to a second request. In addition, section 11 orders for record production and written returns have been used in a small number of non-merger civil matters. The Bureau has also used section 11 orders in a small number of criminal inquiries. In total, the investigative powers of section 11 are probably used in less than 20 inquiries annually.

The Bureau makes every effort to construct the requests for both records and written

returns as narrowly as possible, having regard to the legitimate need for as complete a set of information as possible on which to make decisions regarding the ultimate disposition of an inquiry. As indicated earlier, the size and scope of an orders appears to be less of an issue in criminal matters, where section 11 orders are usually sought after searches have been conducted and are used to gather very specific information. Search powers are rarely used in civil matters; accordingly, section 11 orders for records and written returns will normally be broader in scope than in criminal inquiries.

Timing for the use of section 11 orders has been a particular point of concern, particularly in respect of merger matters, and related to the issue of the size and scope of requests. The Bureau makes every effort to seek orders as early in the inquiry process as possible. However, we feel it is better to take the time necessary to analyse issues and focus the information request on the principal issues. Seeking the orders at a very early stage may result in our needing to make much broader requests. The Bureau has an excellent record of completing its merger reviews within the published service standard time frames and, in our experience, the use of section 11 orders has not been the cause of reviews being delayed beyond the service standards. We are also of the view that the requests are, by and large, considerably less broad and burdensome than the typical second request issued in merger reviews by either the Department of Justice or the Federal Trade Commission in the United States.

The requirement in the *Act* for court authorization and the fact that the order is made by the court and not the Bureau or the Commissioner, provide inherent logistical problems in the use of section 11 orders that are not present in the Hart-Scott-Rodino and civil investigative demand process in the United States, where the order is issued by, and can be altered by, the investigating agency. However, it is the process we must use and it is in the interest of both the Bureau and those that are subject to orders to make it as efficient as possible. The Bureau strongly supports the *ex parte* process of section 11. The Bureau may, in appropriate cases, consider consultation with parties against whom it intends to seek orders and is entirely willing discuss, after it has been issued, the contents of an order and the extent and scope of replies necessary to comply with the order. It has been our experience that questions of clarification with respect to specific

aspects of information requests can usually be resolved without recourse to court-directed amendments. We remain committed to keeping the lines of communication open should issues such as the expected breadth of response to a particular question remain unclear to the recipient of an order.

It is not the intention of the Bureau to undermine or discourage, through the use of section 11 orders, the voluntary provision of information and records by parties. It will remain an important method in the preliminary stages of investigating matters as well as formal inquiries where appropriate. Parties subject to investigation or inquiry are strongly encourage to bring forward relevant information at any time.

CONCLUSION

The Bureau continually examines our internal processes to improve them. For section 11, the Commissioner has introduced a challenge function by which all requests are carefully reviewed to ensure consistency in approach and, as much as possible, that questions are clear and focussed on the issues raised in the inquiry.

In closing, the Bureau views section 11 as a critical investigative tool and is committed to its effective use in appropriate cases. We will continue to use all available means to gather evidence and feel that a strong, consistent and reasoned approach to the use of the section 11 power is important to the integrity and control of the evidence gathering process in formal inquiries under the *Competition Act*.

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

SECTION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

CONFÉRENCE ANNUELLE

20 ET 21 SEPTEMBRE

L'UTILISATION DES ORDONNANCES DE L'ARTICLE 11 EN VERTU DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE

PETER HUMBER

AGENT PRINCIPAL DU DROIT DE LA CONCURRENCE

DIRECTION DE LA CONFORMITÉ ET DES OPÉRATIONS

BUREAU DE LA CONCURRENCE

INTRODUCTION

La façon dont le commissaire de la concurrence, qui est nommé en vertu de la *Loi sur la concurrence*, a recouru au pouvoir d'enquête que lui confère l'article 11 de la Loi a récemment fait l'objet de nombreuses discussions principalement entre la communauté juridique et le Bureau de la concurrence. L'article 11 prévoit la possibilité d'ordonner la comparution et l'interrogation de témoins, la production de documents et la préparation de déclarations écrites dans le cadre d'une enquête menée en application de l'article 10 de la Loi.

La *Loi sur la concurrence* crée un modèle réglementaire général visant à protéger la concurrence sur le marché. Elle est reconnue comme loi générale, d'application générale – sauf exceptions – à toutes les entreprises au Canada. La Loi contient des dispositions traitant à la fois des infractions s'exposant à des sanctions criminelles et des affaires susceptibles d'examen au civil. Le cas échéant, les premières peuvent donner lieu à des poursuites dans les tribunaux criminels. Dans le cas des affaires susceptibles d'examen au civil, le commissaire de la concurrence peut demander des ordonnances correctives au Tribunal de la concurrence.

Pour garantir l'efficacité dans son application et son administration, la Loi crée la fonction de commissaire de la concurrence et précise trois scénarios dans lesquels le commissaire entreprend une enquête. En outre, elle met à la disposition du commissaire des pouvoirs formels de cueillette d'information qui peuvent être utilisés uniquement avec l'autorisation d'un juge d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou de la Cour fédérale du Canada.

Le présent exposé se penche sur le recours fait par le commissaire au pouvoir d'enquête créé par l'article 11 de la Loi – et plus spécialement le recours au pouvoir d'obtenir des documents et des déclarations écrites dans le cadre d'affaires susceptibles d'examen au civil, y compris les fusionnements. Nous parlerons aussi du lien entre le régime de notification des fusionnements de la partie IX de la Loi et l'article 11. Si ces pouvoirs sont exercés dans les enquêtes criminelles, c'est le plus souvent pour obtenir des témoignages oraux, des documents ou de déclarations écrites en vertu de l'article 11. Cela survient généralement comme mesure de

suivi à l'exercice des pouvoirs de perquisition de l'article 15. En l'occurrence, les ordonnances visent habituellement à obtenir des renseignements additionnels très précis.

CADRE LÉGISLATIF

Pour information, le paragraphe 10(1) et l'article 11 de la Loi sont formulés comme suit :

> **10.** (1) Le commissaire fait étudier, dans l'un ou l'autre des cas suivants, toutes les questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits :
>
> *a*) sur demande faite en vertu de l'article 9;
> *b*) chaque fois qu'il a des raisons de croire :
> (i) soit qu'une personne a contrevenu à une ordonnance rendue en application des articles 32, 33 ou 34, ou de parties VII.1 ou VIII,
> (ii) soit qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu des parties VII.1 ou VIII,
> (iii) soit qu'une infraction visée à la partie VI ou VII a été perpétrée ou est sur le point de l'être;
> *c*) chaque fois que le ministre lui ordonne de déterminer au moyen d'une enquête si l'un des faits visés aux sous-alinéas *b*)(ii) à (iii) existe.
>
> . . .
>
> **11.** (1) Sur demande *ex parte* du commissaire ou de son représentant autorisé, un juge d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou de la Cour fédérale peut, lorsqu'il est convaincu d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle qu'une enquête est menée en application de l'article 10 et qu'une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question, ordonner à cette personne :
>
> *a*) de comparaître, selon ce que prévoit l'ordonnance de sorte que, sous serment ou affirmation solennelle, elle puisse, concernant toute question pertinente à l'enquête, être interrogée par le commissaire ou son représentant autorisé devant une personne désignée dans l'ordonnance et qui, pour l'application du présent article et des articles 12 à 14, est appelée «fonctionnaire d'instruction»;
> *b*) de produire auprès du commissaire ou de son représentant autorisé, dans le délai et au lieu que prévoit l'ordonnance, les documents ou autres choses dont celle-ci fait mention;
> *c*) de préparer et de donner au commissaire ou à son représentant autorisé, dans le délai que prévoit l'ordonnance, une déclaration écrite faite sous serment ou affirmation solennelle et énonçant en détail les renseignements exigés par l'ordonnance.
>
> (2) Lorsque, en rapport avec une enquête, la personne contre qui une ordonnance est demandée en application de l'alinéa (1)*b*) est une personne morale et que le juge à qui la demande est faite aux termes du paragraphe (1) est convaincu, d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle, qu'une affiliée de cette personne morale a des documents qui sont pertinents à l'enquête, il peut, sans égard au fait que l'affiliée soit située au Canada ou ailleurs, ordonner à la personne morale de produire les documents en

question.

(3) Nul n'est dispensé de se conformer à une ordonnance visée au paragraphe (1) ou (2) au motif que le témoignage oral, le document, l'autre chose ou la déclaration qu'on exige de lui peut tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais un témoignage oral qu'un individu a rendu conformément à une ordonnance prononcée en application de l'alinéa (1)*a*) ou une déclaration qu'il a faite en conformité avec une ordonnance prononcée en application de l'alinéa (1)*c*) ne peut être utilisé ou admis contre celui-ci dans le cadre de poursuites criminelles intentées contre lui par la suite sauf en ce qui concerne une poursuite prévue à l'article 132 ou 136 du *Code criminel*.

(4) Une ordonnance rendue en application du présent article a effet partout au Canada.

Le paragraphe 10(1) définit trois circonstances dans lesquelles le commissaire instituera une enquête, à savoir lorsqu'une demande est présentée par six résidents canadiens; lorsque le commissaire a des motifs de croire qu'une personne a contrevenu à une ordonnance prise en vertu d'articles précis de la Loi, qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance du Tribunal en vertu des parties VII.1 ou VIII ou qu'une infraction visée par les parties VI ou VII a été perpétrée ou est sur le point de l'être; et lorsqu'une directive ministérielle a été émise. L'ouverture d'une enquête autorise le commissaire, si les circonstances le justifient, à recourir aux pouvoirs formels de cueillette d'information prévus aux articles 11 et 15 de la Loi.

L'article 11 prévoit essentiellement qu'un juge peut, sur demande *ex parte* du commissaire ou de son représentant autorisé, ordonner à une personne de comparaître devant un fonctionnaire d'instruction pour être interrogée sous serment, de produire les documents précisés par l'ordonnance ou de préparer et de donner une déclaration écrite. Avant d'accorder une ordonnance, le juge doit être convaincu d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle qu'une enquête est menée par le commissaire et que la personne visée par l'ordonnance détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête.

Il faut signaler que les critères permettant à un tribunal de rendre une ordonnance en vertu de l'article 11 sont sensiblement différents de ceux s'appliquant à l'autorisation du recours au pouvoir de perquisition de l'article 15. En vertu de l'article 11, la Loi n'exige pas que le tribunal examine la décision du commissaire d'instituer une enquête. Il doit être convaincu qu'une enquête est en cours et que la personne visée par l'ordonnance détient vraisemblablement des

renseignements qui y sont pertinents. En revanche, l'article 15 exige que le juge soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une personne a contrevenu à une ordonnance, qu'une infraction a été perpétrée ou est sur le point de l'être, ou qu'il existe des motifs justifiant que soit rendue une ordonnance par le Tribunal de la concurrence et, par ailleurs, qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il se trouve dans les locaux visés des éléments de preuve pertinents à une des trois situations précisées. De plus, l'article 15 précise qui peut effectuer une perquisition, le contenu du mandat et la façon dont le mandat peut être exécuté. Ce régime des pouvoirs de perquisition du commissaire reproduit essentiellement les dispositions sur le mandat de perquisition contenues dans le *Code criminel*. Le Parlement a de toute évidence conçu le pouvoir créé par l'article 11 comme un outil d'enquête également nécessaire mais plus discret que le pouvoir de perquisition créé par l'article 15.

L'article 11 prévoit en outre, lorsqu'une ordonnance visant la production de documents est rendue à l'encontre d'une personne morale et que le juge est convaincu d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle qu'une affiliée détient des documents pertinents, que cette personne morale peut être tenue de produire les documents de l'affiliée. Cette disposition s'applique jusqu'aux documents détenus par une affiliée à l'extérieur du Canada. De plus, les personnes assujetties à une ordonnance rendue en vertu de l'article 11 ne seront pas dispensées de s'y conformer au motif que tel témoignage peut tendre à les incriminer. Un témoignage donné par une personne en vertu de l'alinéa 11(1)*a*) ou une déclaration faite par une personne en vertu de l'alinéa 11(1)*c*) ne peuvent toutefois pas être utilisés ou admis contre cette personne sauf dans le cas de poursuites en application des articles 132 ou 136 du *Code criminel*.

La Loi contient également un certain nombre de dispositions procédurales se rapportant à l'article 11. Le terme « document » est défini au paragraphe 2(1); l'article 18 prévoit que les documents produits en application de l'article 11 doivent faire l'objet de tous les soins raisonnables, qu'ils doivent demeurer accessibles et qu'ils peuvent être copiés, et précise les conditions de rétention et de remise; l'article 19 prévoit le moyen de traiter les cas de secret professionnel liant un avocat et son client; l'article 29 prévoit la protection de la confidentialité

des renseignements obtenus en application de l'article 11; et l'article 65 crée une infraction pour défaut de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de l'article 11 ou pour destruction ou modification de tout document dont la production est exigée en application de l'article 11.

Le processus créé par l'article 11 vise à donner au commissaire le pouvoir d'obtenir, avec l'autorisation d'un tribunal, des documents et renseignements pertinents durant une enquête. Il est essentiel que le commissaire puisse constituer un dossier aussi complet que possible pour fonder la décision d'introduire une requête devant le Tribunal, de renvoyer une affaire criminelle au procureur général du Canada ou de discontinuer une enquête. Les dispositions de l'article 11 sont suffisamment souples pour traiter aussi bien d'affaires criminelles ou que d'affaires civiles qui peuvent faire l'objet d'enquêtes en vertu de l'article 10. Les pouvoirs d'enquête des articles 11 et 15 permettent au commissaire de remplir son obligation, en vertu de l'article 10, de « fai[re] étudier [...] toutes questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits ».

Les pouvoirs d'enquête à la disposition du commissaire sont sensiblement différents de ceux des deux organismes antitrust des États-Unis, la Federal Trade Commission et l'Antitrust Division du Département de la justice. Par exemple, à l'égard d'un fusionnement, les deux pays prévoient des régimes d'avis préalable, mais il y a d'importantes distinctions entre eux. Aux États-Unis, les dispositions de l'article 7A du *Clayton Act*, mieux connu sous le nom de Hart-Scott-Rodino, régissent la notification pré-fusionnement. Les parties aux transactions de fusionnement visées doivent déposer un avis et des renseignements précisés par règlement. La loi fixe un délai de 30 jours (20 jours s'il s'agit de transactions en bourse) durant lequel la transaction ne peut être réalisée. De plus, la loi prévoit que l'organisme d'enquête chargé de l'évaluation des incidences tangibles de la transaction pour la concurrence peuvent avant l'expiration du délai formuler de leur propre chef une requête de renseignements (documents et déclarations écrites) nécessaires à son évaluation. Lorsqu'une demande supplémentaire est formulée par l'organisme menant l'enquête, la loi interdit aux parties de réaliser la transaction jusqu'à ce que les renseignements demandés aient été soumis (de l'avis de l'organisme menant l'enquête, sous réserve de contestation – de la part des parties – auprès de l'organisme et devant

les tribunaux) et qu'un délai supplémentaire de 20 jours (10 jours pour les acquisitions en bourse) se soit ensuite écoulé.

Ce régime de notification se distingue sensiblement de celui créé par la partie IX de la *Loi sur la concurrence*. Le régime canadien prévoit, au choix des parties, la possibilité de présenter une déclaration abrégée ou une déclaration détaillée. La différence se situe dans la quantité de renseignements exigés et le délai imposé avant que la transaction ne puisse être réalisée (14 jours pour la déclaration abrégée, 42 jours pour la déclaration détaillée). Si la Loi permet au commissaire d'exiger que les parties ayant choisi la déclaration abrégée déposent ensuite une déclaration détaillée et soient soumises au délai de 42 jours après ce dépôt, il n'existe aucun mécanisme comparable à la demande supplémentaire de l'article 7A du *Clayton Act*. Pour obtenir des renseignements supplémentaires par rapport à ceux exigés dans la déclaration détaillée, le commissaire doit soit s'en remettre à la production volontaire de renseignements, soit recourir à ses pouvoirs formels.

En plus du régime de préavis décrit plus haut, les deux organismes américains ont le pouvoir, en vertu du *Antitrust Civil Process Act*, d'émettre une demande d'enquête au civil visant la production de documents ou de déclarations écrites par des personnes dont ils ont des motifs de croire qu'ils peuvent détenir des renseignements pertinents à une enquête antitrust civile.

En résumé, la loi canadienne définit un système où le pouvoir d'imposer l'interrogation d'un témoin, la production de documents ou la préparation d'une déclaration écrite est assujetti à l'autorisation préalable des tribunaux à titre *ex parte*. Le système américain, dans le contexte du droit civil, prévoit l'obligation de produire des documents ou des déclarations écrites suivant l'émission par l'organisme d'enquête d'une demande de renseignements supplémentaires ou d'une demande d'enquête au civil. Telle demande ou requête est susceptible d'examen par les tribunaux à la demande des parties visées. À l'égard des affaires de fusionnement, les deux pays disposent de régimes de préavis qui exigent la production de renseignements de base auprès de l'organisme d'enquête, pour permettre une évaluation préliminaire devant déterminer si la transaction proposée peut soulever des questions en vertu du droit substantiel des fusionnements

et des pouvoirs pour exiger la production de renseignements supplémentaires mais, comme nous l'avons noté ci-dessus, avec des procédures différentes..

L'APPROCHE DU BUREAU DE LA CONCURRENCE QUANT AU RECOURS AUX ORDONNANCES DE L'ARTICLE 11

Le Bureau de la concurrence considère l'article 11 comme un mécanisme essentiel de cueillette d'éléments de preuve dans le cadre d'enquêtes formelles du commissaire. Il permet d'obtenir des renseignements impartiaux et factuels sur des questions pertinentes, pour que les décisions quant aux conclusions d'une enquête soient fondées sur une information aussi complète que possible.

En somme, le Bureau demande des ordonnances de l'article 11 dans tous les cas pertinents où une enquête est en cours en vertu de l'article 10. L'exigence voulant que le commissaire n'entreprenne une enquête que s'il existe des motifs de croire qu'une des dispositions civiles ou criminelles de la Loi ont été violées (hormis la possibilité de le faire sur directive ministérielle ou suite à des demandes en vertu de l'article 9, cas rarissime) signifie que des ordonnances seront demandées uniquement dans des affaires qui soulèvent de sérieuses questions en matière de concurrence sur un marché d'importance au plan économique. De telles affaires doivent être analysées entièrement et adéquatement, avec la plus grande diligence possible, de façon à déterminer l'effet de la pratique en cause sur la concurrence en regard des dispositions criminelles ou civiles de la Loi. Il faut dès lors que le Bureau dispose d'information factuelle et de témoignages des participants de l'industrie. En envisageant la possibilité de demander une ordonnance de l'article 11, le Bureau recherche l'équilibre entre son rôle de défenseur de l'intérêt public – visant à rétablir et maintenir la concurrence sur les marchés – et le fardeau qu'impose aux participants de l'industrie le processus d'enquête. Nous prenons en considération des facteurs tels que la probabilité que l'enquête mène à une forme de mesures correctives soit par consentement ou à la suite d'un procès ou l'exhaustivité de l'information obtenue par d'autres moyens, y compris volontaires. Cependant, ceci ne veut pas dire que le

Bureau ne demandera des renseignements et des documents en recourant au processus de l'article 11 qu'après avoir tenté en vain d'en obtenir par des moyens volontaires.

Ces derniers, mois, le milieu canadien du droit de la concurrence a amplement discuté de l'augmentation perçue dans le recours aux ordonnances de l'article 11, surtout en vertu des alinéas 11(1)*b*) et 11(1)*c*). On peut résumer comme suit les préoccupations qui ont été exprimées :

- les ordonnances rendues en vertu de l'article 11 sont plus fréquentes que par le passé et le Bureau y a maintenant recours dans des cas où, auparavant, les demandes d'information auraient été faites à titre volontaire;

- les demandes ont une portée excessivement vaste et, dans certains cas, les demandes de documents et de déclarations écrites demeurent vagues;

- les requêtes en vertu de l'article 11 imposent un fardeau excessif aux parties et prolongent indûment le processus d'examen, surtout lorsqu'il s'agit de fusionnements où la diligence est essentielle;

- les ordonnances sont rendues d'une façon excessivement rigide et formalisée. Les parties ne sont pas consultées préalablement quant à la nature et à la portée des requêtes. La nature *ex parte* du processus empêche les répondants de réagir à ces questions devant le juge saisi de la requête. Les demandes visant à modifier les ordonnances entraînent des délais et des coûts; dans la plupart des cas, elles doivent être formulées par les répondants;

- le recours plus fréquent aux ordonnances de l'article 11 peut miner le processus volontaire qui a généralement eu cours par le passé, surtout dans les affaires de fusionnement.

Ces points de vue appellent les commentaires suivants.

S'il est vrai que le recours aux ordonnances de l'article 11 est plus fréquent aujourd'hui que par le passé, il demeure – comme le recours au pouvoir de perquisition de l'article 15 – relativement rare par rapport au nombre total d'affaires faisant l'objet d'une enquête du Bureau. Par exemple, au cours de l'exercice 2000-2001, des ordonnances ont été obtenues en vertu de l'article 11 dans seulement six enquêtes visant des fusionnements – ce qui représente moins de la moitié des cas considérés très complexes et environ 2 p. 100 des avis reçus durant la période. Jusqu'à présent cette année, des ordonnances ont été demandées en vertu de l'article 11 dans seulement quatre ou cinq enquêtes visant des fusionnements. En comparaison, environ 3 p. 100 des transactions de fusionnement signifiées en vertu de Hart-Scott-Rodino font l'objet d'une demande de renseignements supplémentaires. De plus, des ordonnances de l'article 11 visant la production de documents et de déclarations écrites ont été demandées dans un petit nombre d'affaires civiles ne concernant pas des fusionnements. Le Bureau a aussi recouru aux ordonnances de l'article 11 dans un petit nombre d'enquêtes criminelles. Au total, les pouvoirs d'enquête de l'article 11 sont probablement invoqués dans moins de 20 enquêtes par année.

Le Bureau fait tout pour formuler les requêtes visant aussi bien des documents que des déclarations écrites de façon aussi précise que possible, compte tenu de la légitime nécessité de disposer d'une information aussi complète que possible pour fonder ses décisions quant à l'issue d'une enquête. Comme on l'a vu plus haut, l'envergure et la portée des ordonnances semblent poser moins de problèmes dans les affaires criminelles, où les ordonnances de l'article 11 sont en général demandées après que des perquisitions ont été effectuées et visent à recueillir des renseignements très précis. Les pouvoirs de perquisition sont rarement utilisés dans les affaires civiles. Par conséquent, les ordonnances de l'article 11 visant des documents et des déclarations écrites auront nécessairement une portée plus étendue que dans les enquêtes criminelles.

Le facteur temps dans le recours aux ordonnances de l'article 11 a suscité des préoccupations particulières, surtout à l'égard d'affaires de fusionnement et se rapportant à la grandeur et à l'étendue des requêtes. Le Bureau fait tout pour demander les ordonnances aussitôt

que possible dans le processus d'enquête. Cependant, nous estimons qu'il vaut mieux prendre le temps nécessaire à l'analyse des questions et limiter les demandes de renseignements aux questions principales. Le fait de demander les ordonnances très tôt pourrait nous contraindre à formuler des requêtes beaucoup plus vastes. Le Bureau jouit d'un excellent dossier pour ce qui est de terminer ses examens de fusionnements dans les délais des normes de service publiées. Selon notre expérience, le recours aux ordonnances de l'article 11 n'a pas entraîné dans les examens de fusionnements de délais outrepassant les normes de service. Nous estimons en outre que les requêtes sont en général sensiblement moins vastes et moins onéreuses que ne le sont en général les demandes de renseignements supplémentaires émises dans les examens de fusionnements aux États-Unis, que ce soit par le Département de la justice ou la Federal Trade Commission.

L'exigence de la Loi d'une autorisation des tribunaux et le fait que l'ordonnance soit rendue par le tribunal et non le Bureau ou le commissaire soulève en soi des problèmes logistiques lors de l'utilisation des ordonnances de l'article 11 qui n'existent pas aux États-Unis dans le processus Hart-Scott-Rodino et dans les demandes d'enquête au civil – où l'ordonnance est rendue par l'organisme menant l'enquête et peut être modifiée par lui. Cependant, le processus de l'article 11 est celui que nous devons utiliser. Il y va de l'intérêt du Bureau aussi bien que de ceux qui sont soumis aux ordonnances, de le rendre aussi efficace que possible. Le Bureau appuie fermement le processus *ex parte* de l'article 11. Nous pouvons dans certains cas envisager de consulter les parties avant de demander une ordonnance et nous sommes entièrement disposés à discuter du contenu d'une ordonnance ainsi que de la quantité et de la portée des renseignements nécessaires pour respecter une ordonnance. D'après notre expérience, les questions de clarification visant des aspects précis de demandes de renseignements peuvent habituellement être résolues sans recourir à des modifications ordonnées par les tribunaux. Nous demeurons décidés à favoriser des communications ouvertes lorsque la partie visée par une ordonnance se demande, par exemple, quelle est l'étendue souhaitable de la réponse à donner à une question précise.

Le Bureau n'a pas l'intention en recourant aux ordonnances de l'article 11 de miner ou de

décourager la disposition des parties à donner des renseignements et produire des documents à titre volontaire. C'est là une approche importante aux étapes préliminaires de l'examen d'une affaire ainsi que, selon le cas, dans les enquêtes formelles. Nous encourageons vivement les parties visées par un examen ou une enquête à transmettre en tout temps des renseignements pertinents.

Conclusion

Le Bureau continue à examiner ses processus internes pour les améliorer. En ce qui a trait à l'article 11, le commissaire a introduit une fonction de remise en question faisant que toutes les requêtes sont soigneusement examinées pour assurer que l'approche soit cohérente et, dans la mesure du possible, que les questions soient claires et centrées sur les questions soulevées par l'enquête.

En conclusion, le Bureau considère l'article 11 comme un outil d'enquête essentiel et tient à y recourir efficacement lorsque les cas le justifient. Nous continuons à utiliser tous les moyens disponibles pour recueillir des renseignements et estimons qu'une approche ferme, cohérente et raisonnable en qui concerne le recours au pouvoir de l'article 11 est importante pour l'intégrité et le contrôle du processus de cueillette d'éléments de preuve dans les enquêtes formelles en vertu de la *Loi sur la concurrence*.